Fragen der gesetzlichen Erbfolge.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Bigalke
Gerichtsassessor
aus Münster i. Westf.

Approbiert am 3. Juni 1938

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1938

1938/171

Referent: Geh. Justizrat Univ.-Professor Dr. K ü b l e r

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533908_0124

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

Teil I.

Gleichzeitige Beerbung durch Vater und Geschwister (§ 1643, II Satz 2 BGB.) 9

§ 1. Allgemeines über Anfall, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht 9

§ 2. Die Rechtslage bei gleichzeitiger Beerbung durch Vater und Geschwister in ihrer geschichtlichen Entwicklung 12

a) im römischen Recht 13

b) im gemeinen Recht 15

c) im preußischen Allgemeinen Landrecht 17

d) im bürgerlichen Recht (§ 1643, II, S. 2 BGB.) 19

Teil II.

Gesetzliche Erbfolge des Ehegatten, der zugleich Verwandter ist (§ 1934 BGB.) 23

§ 3. Voraussetzungen für gleichzeitige gesetzliche Beerbung als Ehegatte und Verwandter 23

§ 4. Die Gleichheit und Verschiedenheit der Berufungsgründe zur Erbschaft und ihre Bedeutung für die praktische Anwendung des § 1934 BGB. 25

§ 5. Der Begriff des Berufungsgrundes im römischen, gemeinen Recht und Allgemeinen Landrecht 27

§ 6. Der Begriff des Berufungsgrundes im Bürgerlichen Gesetzbuch und seine Bedeutung für die rechtliche Behandlung des Ehegattenerbteils und des Verwandtenerbteils im § 1934 BGB. 28

Literaturverzeichnis.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Teil I, 1901, Teil II, 1903, Teil III, 1905.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3, Abt. 1, 2. Aufl.

Cnopf: Auslegung des § 1951 BGB. Diss. Würzburg 1913.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 7. und 8. Aufl.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Bd. 5, Tübingen 1912.

Dernburg: Pandekten, Bd. 3, 7. Aufl.

— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Halle a. S. 1905.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches, Bd. 3, 4. Aufl.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 1. Hälfte, 8. und 9. Aufl.

Enneccerus-Kipp: Familienrecht, Erbrecht, 6. Aufl.

Foerster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechtes, Bd. 4, 3. Aufl.

Foester-Eccius: Preußisches Privatrecht, Bd. 4, 7. Aufl.

Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.

Gerber: System des Deutschen Privatrechts, 17. Aufl.

Greiner: Die mehrfache Berufung des Erben und des Vermächtnisnehmers. Diss. Erlangen 1912.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, Bd. 26 (Gruch. Beitr.).

Hellwig, Hans: Beruht die gesetzliche Berufung zu mehreren Erbteilen auf „demselben Grunde" (§ 1951, II, S. 1 BGB.)? Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 102, S. 416 ff.

Knitschky: Erbschaft und Erbteil. Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 91, S. 281 ff.

Koch: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Bd. 3, 8. Aufl.

Koeppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts.

Kretzschmar: Das Erbrecht des deutschen Rechts, 1910.

Leonhard: Kommentar zum Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 5, 2. Aufl.

Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des preußischen Allgemeinen Landrechts. 2. Hälfte, 1. u. 2. Aufl.

Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl.

Meyer: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Niese: Bedeutung und Tragweite des § 2007 BGB. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 30, S. 197 ff.

Planck-Strohal: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl.

Pohl: Gesetzliche Erbfolge aus mehreren Gründen. Diss. Erlangen 1934.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 4, Berlin 1899.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4 und 5, 8. Aufl.

Roth: System des deutschen Privatrechtes, 2. Teil, Familienrecht, Tübingen 1881.

Schleifer: Mehrere Erbteile desselben Erben. Diss. Heidelberg 1911.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Bd. 6, 7, 13 und 18). (Seuff. Arch.)

Silverberg: Berufung, Berufungsgrund, Erhöhung und Anwachsung im Erbrecht des BGB. Diss. Bonn.

Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4, Teil 1 und 2, Bd. 5, 9. Aufl.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 4, 3. Aufl.

Strohal: Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB., 2 Bde., 3. Aufl.

Witte: Die Ausschlagung der Erbschaft nach BGB., Diss. Heidelberg, 1911.

Teil I.

Gleichzeitige Beerbung durch Vater und Geschwister (§ 1643, II Satz 2 BGB).

§ 1. *Allgemeines über Anfall, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht.*

Die Anwendung der Vorschrift des § 1643, Abs. II, Satz 2 BGB und der Bestimmung des § 1934 BGB hat das Problem aufgeworfen, wie sich unter bestimmten Voraussetzungen bei gleichzeitiger Beerbung die erbrechtlichen Beziehungen gewisser Verwandten zueinander gestalten. In § 1643, II, S. 2 BGB treten diese Beziehungen zwischen Vater und Kind auf, wohingegen sich § 1934 BGB mit der erbrechtlichen Stellung des Ehegatten, der gleichzeitig als Verwandter geerbt hat, befaßt. Da diese Beziehungen unter den Beteiligten jeweils mit der Annahme bzw. mit der Ausschlagung der Erbschaft in die Erscheinung treten, erscheint es angebracht, die erbrechtlichen Befugnisse: Anfall, Annahme und Ausschlagung in ihrer geschichtlichen und jetzigen Bedeutung in kurzen Zügen zu kennzeichnen. — Das Erbrecht im Sinne des BGB wird aufgefaßt als das Recht der Nachfolge in die vermögensrechtliche Stellung des Verstorbenen, und zwar vollzieht sich der Erwerb der Erbschaft ipso iure, ist also nicht erst von einem Erbschaftsantritt abhängig.

Das römische Recht ließ nur ausnahmsweise die Erbschaft unmittelbar auf den Erben übergehen. In der Regel unterschied es zwischen der Berufung zur Erbschaft (Delation) und dem Erwerb der Erbschaft (Acquisition) und ließ die erstere regelmäßig mit dem Tode des Erblassers, die letztere aber durch Rechtsgeschäft des Berufenen, d. h. durch Erklärung seines Willens, Erbe zu werden, eintreten. Diese Willenserklärung konnte in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung bestehen (pro herede gestio). Nur bei den zum Hausstande des Erblassers gehörenden Erben, seinen Hauskindern (sui), und den cum libertate zu Erben eingesetzten Sklaven (necessarii heredes) fielen delatio und acquisitio der Erbschaft zeitlich zusammen. Die sui et necessarii heredes und necessarii heredes erwarben die Erbschaft ihres pater familias oder dominus also ipso iure mit der Delation, ohne ihr Wissen und Wollen. Während es nun den necessarii heredes versagt blieb, sich der Erbschaft, die häufig überschuldet war, zu entäußern, konnten sich die sui nach prätorischem Rechte des beneficium abstinendi bedienen, d. h. sich

der Erbschaft entschlagen. Bei den heredes extranei (voluntarii) war also zwischen der Berufung und dem Erwerb der Erbschaft eine hereditas jacens (ruhende Erbschaft) vorhanden, die erst mit einer Antretung durch den berufenen Erben endigte.

Hieraus ergibt sich also, daß man im römischen Recht regelmäßig von einer Berechtigung zur Erbschaftausschlagung nicht sprechen konnte.

Dem deutschen Rechte war der römisch-rechtliche Grundsatz der Erbschaftsantretung und mithin das Institut der hereditas jacens des römischen Rechtes fremd. Es kannte nur einen ipso iure — Erwerb der Erbschaft, der sich unmittelbar mit dem Erbfall vollzog, ohne daß es einer Willenserklärung des berufenen Erben bedurfte. Es galt der Rechtssatz: „Le mort saisit le vif", „der Tote erbt den Lebendigen". Der Anfall erfolgte aber unbeschadet des Rechtes des Erben, sich der erworbenen Erbschaft zu entschlagen.

Das gemeine Recht beruhte auf dem römischen Rechte. Nach Wegfall der Sklaven erwarben nur noch die Hauskinder den Nachlaß des Erblassers ipso iure, die übrigen Erben erst durch Antretung der Erbschaft.

Im Gegensatz zum römischen Recht steht das BGB auf dem Standpunkt des deutschen Rechtes, das vor ihm u. a. im preußischen Landrecht anerkannt war: Mit dem Erbfall geht die Erbschaft mit Rechtsnotwendigkeit auf den Erben über. Der Berufene bedarf daher keiner Willenserklärung mehr, um Erbe zu werden, sondern im Gegenteil einer solchen, um sich der Erbschaft, wenn er dies will, zu entledigen (§§ 1922, 1942 BGB). Infolge des Rechtes der Ausschlagung sind daher zwei Stadien des Erbschaftserwerbes zu unterscheiden: der vorläufige Erwerb durch den Anfall und der definitive Erwerb durch die Annahme der Erbschaft. In beiden Fällen ist die rechtliche Stellung des Erben verschieden.

Während er nach der Annahme die Erbschaft behalten muß und daher durchaus als Herr der Erbschaft behandelt wird, ist seine Rechtsstellung, solange er das Recht der Ausschlagung hat, erheblich günstiger. Er ist zwar Erbe, Subjekt des Nachlasses, also Eigentümer der Erbschaftssachen, Gläubiger der Erbschaftsforderungen und Schuldner der Erbschaftsschulden. Er ist ferner zuständig zur Verfügung über Nachlaßgegenstände und legitimiert zur Prozeßführung über zur Erbschaft gehörende Gegenstände. Aber dabei berücksichtigt das Gesetz doch die Möglichkeit der Ausschlagung, die rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt des Erbfalles hat, indem es einerseits den Erben in diesem Zeitraume der Ungewißheit seiner Erbenstellung vor Belästigung und Benachteiligung schützt, andererseits aber auch den endgültigen Erben vor Benachteiligung durch den einstweiligen Erben oder Dritte zu sichern sucht. Das kommt in Besonderheiten der rechtlichen Stellung des einstweiligen Erben und in besonderen Aufgaben des Nachlaßgerichtes zum Ausdruck.

Diese Rechtsstellung des Erben leitet sich aus der Vorschrift des § 1922 BGB her, nach der mit dem Erbfall die Erbschaft auf den Erben übergeht. Der Erbe hat aber auch das Recht, die Erbschaft binnen einer gesetzlichen Frist auszuschlagen (§ 1942 BGB), und dieses Recht ist selbst vererblich (§ 1952, I BGB). Der Schwebezustand, der durch den Anfall der Erbschaft begründet wird, findet nach dem Gesetz sein Ende durch Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft. Vom Gesetz wird nicht gesagt, wie die Annahme der Erbschaft zu geschehen hat. Nach der heute herrschenden Meinung erfolgt sie entweder durch eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung oder durch Betätigung des Willens, den Nachlaß zu behalten (pro herede gestio). Dem ist zuzustimmen. Es genügt also jede Erklärung, die als Kundmachung des Annahmewillens, und jede Betätigung, die als Ausfluß des Willens, Erbe zu sein, aufzufassen ist. Dieser eigentlichen Annahme steht nach dem Gesetz die Versäumung der Ausschlagung gleich. Die Erklärung dieser Ausschlagung hat gegenüber dem Nachlaßgericht durch öffentlich beglaubigte Willenserklärung zu erfolgen (§ 1945 BGB). Die Folge dieser Ausschlagung ist der Verlust der einstweiligen Erbenstellung mit rückwirkender Kraft (§ 1953 BGB).

Aber wenn in der Person des Ausschlagenden mehrere Berufungsgründe [1]), d. h. Tatbestände bestimmter Art (Gesetz oder Verfügung von Todes wegen), vorliegen, an die das Gesetz die Folge knüpft, daß die in dieser tatsächlichen Beziehung stehende Person Erbe des Verstorbenen werden kann, so entsteht die Frage, ob die Ausschlagung diese Folge für sämtliche Berufungsgründe hat. Hier ist zu unterscheiden, ob sie sukzessiv oder gleichzeitig wirksam sind. Durch Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft wird die gesetzliche Erbfolge eröffnet. Schlägt daher der durch Testament berufene gesetzliche Erbe die Erbschaft aus, so tritt überhaupt erst seine gesetzliche Berufung ein. Er kann daher die Erbschaft nunmehr noch als gesetzlicher Erbe annehmen (§ 1948, I BGB). Dagegen müßte an sich, wenn der Erbe aus mehreren gleichzeitig wirkenden Berufungsgründen, z. B. aus mehreren Testamenten, mehreren Erbverträgen, oder zugleich aus Testament und Erbvertrag berufen ist, die Erklärung, die Erbschaft nicht haben zu wollen, jede dieser Berufungen hinfällig machen. Das Gesetz läßt jedoch bei der Berufung aus Testament und Erbvertrag zu, die Ausschlagung auf einen der beiden Berufungsgründe zu beschränken. Immer aber erstreckt sich im Zweifel die Ausschlagung auf alle dem Erben bekannten Berufungsgründe, und daher muß der Erbe, wenn er seine Erklärung auf einen von mehreren Berufungsgründen beschränken will, das in erkennbarer Weise zum Ausdruck bringen, da er sonst die Erbschaft überhaupt verliert.

Wie die Annahme die Erklärung des Willens ist, in die Erbenstellung einzutreten, so ist die Ausschlagung die Erklärung, Nichterbe

[1]) Näheres über den Berufungsgrund Teil II, S. 42 ff.

sein zu wollen. Schon aus diesem Inhalt der beiden Willenserklärungen folgt ihre Unteilbarkeit, d. h. die Unzulässigkeit ihrer Beschränkung auf einen Teil der Erbschaft. Das BGB führt diesen Gedanken aber nur teilweise durch, indem es unterscheidet: Ist der Erbe aus verschiedenen Berufungsgründen auf verschiedene Erbteile berufen, so kann er den einen Teil annehmen und den anderen ausschlagen. Beruht dagegen die Berufung zu den mehreren Erbteilen auf demselben Grunde, z. B. demselben Testament, so gilt die Annahme oder die Ausschlagung des einen Teiles auch für den anderen Teil, und zwar selbst dann, wenn diese erst nachträglich anfällt (§ 1951 BGB).

Die Erbschaftsausschlagung stellt sich also dar als die in öffentlich beglaubigter Form innerhalb einer bestimmten Frist gegenüber dem Nachlaßgericht abzugebende, mithin die Kategorie der einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte gehörende Willenserklärung, durch die der Erbe den kraft Gesetzes eingetretenen Erbschaftserwerb wieder rückgängig macht (vgl. §§ 1944, 1945 BGB).

§ 2. Die Rechtslage bei gleichzeitiger Beerbung durch Vater und Geschwister in ihrer geschichtlichen Entwicklung und in ihrer Bedeutung im Bürgerlichen Recht (§ 1643, II, S. 2 BGB).

Da die Erbausschlagungserklärung ein Rechtsgeschäft ist, finden auf sie die allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechtsgeschäfte Anwendung. Hieraus ergibt sich, daß nur eine voll geschäftsfähige Person die Ausschlagung wirksam vornehmen kann. Schlägt ein Geschäftsunfähiger aus, so ist die Ausschlagung gemäß § 105 BGB nichtig. Hier ist lediglich der gesetzliche Vertreter: Vater, Mutter oder Vormund des Geschäftsunfähigen zur Ausschlagung befugt. Ist der Erbe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann er selbst ausschlagen, bedarf aber, weil es sich bei der Ausschlagung um eine einseitige Willenserklärung handelt, gemäß §§ 107, 183 BGB der vorherigen Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, andernfalls die Aussschlagung nach § 111 BGB unwirksam ist. Jedoch ist auch hier zulässig, daß der gesetzliche Vertreter allein, d. h. ohne Mitwirkung des beschränkt Geschäftsfähigen ausschlägt, da ihm die Sorge für das Vermögen des Kindes zusteht (§§ 1627, 1630, 1793 BGB). Hat jedoch der Erblasser bestimmt, daß der Erwerb des Kindes der Verwaltung des Vaters bzw. eines anderen gesetzlichen Vertreters entzogen sein soll, so steht dem gesetzlichen Vertreter das Ausschlagungsrecht nicht zu, weil ihm das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, fehlt (§ 1638, I BGB). Hier bedarf es gemäß § 1909 BGB vielmehr der Bestellung eines besonderen Pflegers, der dann zur Ausschlagung befugt ist.

Schlägt der Vater für sein noch nicht voll geschäftsfähiges Kind eine Erbschaft aus, so bedarf er gemäß § 1643, II, S. 1 BGB grund-

sätzlich zur Ausschlagung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Das Gesetz macht jedoch in Satz 2 eine merkwürdige Ausnahme. § 1643, II, S. 2 bestimmt:

„Tritt der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung des Vaters ein, so ist die Genehmigung nur erforderlich, wenn der Vater neben dem Kinde berufen war."

Hiernach kann der Vater, wenn er eine Erbschaft ausgeschlagen hat und das Ausgeschlagene nunmehr seinem Kinde anfällt, für das Kind ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausschlagen. Wird dagegen der Vater neben dem Kinde zur Erbschaft berufen, dann tritt die Regelvorschrift wieder ein. Der Vater bedarf also dann zur Ausschlagung der an das Kind gefallenen Erbschaft der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Wie weit nun das praktische Anwendungsgebiet des § 1643, II BGB reicht, soll im folgenden untersucht werden. Als Grundlage diene ihr eine kurze Darstellung der Rechtslage, die sich nach früherem Recht unter gleichen oder ähnlichen Tatumständen ergäbe.

a) Nach älterem römischen Recht konnte ein Hauskind überhaupt kein Vermögen besitzen, alles was es erwarb, wurde von selbst Vermögen des Vaters (G, 2, 87). Es waren daher Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskind, sowie zwischen Hauskindern desselben Hauses rechtlich unwirksam.

In der späteren Entwicklung wurde jedoch der Grundsatz der Vermögensunfähigkeit und der daraus folgenden Kreditunfähigkeit der Hauskinder vielfach durchbrochen. Es wurde besonders auf dem Lande schon früh üblich, daß der Vater dem erwachsenen Hausssohn einen Vermögensanteil, peculium, gemeinrechtlich peculium profecticium zur eigenen Verwaltung, libera administratio (D 15, 1, 7, 1) überließ. Dieses peculium blieb aber nach wie vor Eigentum des Vaters, der es jederzeit zurücknehmen konnte (D 15, 1. 8). Auch beim Aufhören der elterlichen Gewalt fiel es an den Vater zurück.

Wirklich vermögensfähig wurde indessen das Kind erst seit Anfang der Kaiserzeit. Seither durfte das Hauskind nämlich über seinen Erwerb im Kriegsdienste (peculium castrense) durch Testament verfügen (I 2. 12, pr). Bald galt dieser Erwerb als überhaupt im freien Vermögen des Hauskindes stehend (D 14, 6, 2), das darüber unter Lebenden wie von Todes wegen ohne Mitwirkung des Vaters verfügen, also auch mit diesem oder einem anderen Hauskinde vollgültige Rechtsgeschäfte abschließen durfte. In ähnlicher Weise wurde auch das Vermögen behandelt, das das Hauskind als Beamter, Advokat oder Geistlicher oder durch Schenkung seitens des Regenten oder dessen Gattin erwarb (peculium quasi castrense), welche Regelung aber erst in der späteren Kaiserzeit, der Zeit des Dominats, eingeführt wurde.

Seit Konstantin wurde die Vermögensfähigkeit des Hauskindes unter griechisch-rechtlichem Einfluß weiter entwickelt. Nunmehr

erhielt der Vater an demjenigen, was das Kind von der Mutter (bona materna) oder deren Verwandten (bona materni generis) oder als lucra nuptialia erwarb, nur Verwaltung und Nutznießung während des Bestehens der patria potestas. Diese im Eigentum des Kindes stehenden, aber der Verwaltung und Nutznießung unterworfenen Vermögensteile faßte man später unter dem Namen bona adventicia regularia — unfreies Kindesgut — zusammen, im Gegensatz zu den bona adventicia irregularia — freies Kindesgut. An den letzteren Vermögensmassen hatte der Hausvater nicht einmal Verwaltung und Nutznießung, somit keinerlei Rechte.

Zu den bona adventicia irregularia gehörte, was das Hauskind erwarb:

1. gegen den Willen des Hausherrn (C, 6, 61, 8, 1),
2. durch die Zuwendung eines Dritten unter Ausschluß der Verwaltung und Nutznießung des Hausherrn (Nov. 117, 1).
3. Durch Beerbung eines anderen Hauskindes, sofern der Vater Miterbe war [2]), Nov. 118, c, 2:

Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utriusque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem. Nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem.

Das Vermögen des Hauskindes vererbte sich also nach der Novelle 118, C 2 nach der gewöhnlichen Erbfolge. Nur behielt der Vater, falls Decendenten des Hauskindes zur Erbfolge gelangten, den ihm auch schon zu Lebzeiten der Hauskinder zustehenden Nießbrauch an den bona adventicia regularia. Erbte er dagegen selbst neben Geschwistern des Erblassers, so erhielt er an den Erbteilen, auch wenn die Geschwister selbst noch seine Hauskinder waren, keinen Nießbrauch, weil die vorstehende Novelle ihm statt dieses Nießbrauches einen Teil der Erbschaft selbst mit Eigentumsrecht gab. Der Vater sollte sich hier mit seinem Erbteil begnügen.

Da der Vater an dem adventicium irregulare — wie oben bereits ausgeführt — keinerlei Rechte hatte, verwaltete der großjährige Haussohn das irregulare Adventizgut, somit das nach der Novelle 118 c 2 erworbene Vermögen persönlich. Der minderjährige Haussohn erhielt einen Kurator, und zwar wurde zunächst der Vater zum Kurator berufen. Lehnte dieser ab, so trat obrigkeitliche Berufung ein. Die Verwaltung war in beiden Fällen eine rein vormundschaftliche, es unterlag also der Vater bei der Verwaltung des irregulare adventicium denselben Regeln wie ein Vormund, obgleich er in den Quel-

[2]) Vgl. Dernburg, Pandekten, 3. Bd., S. 168, § 35, Ziff. 3.

len nicht direkt als Vormund bezeichnet wurde.[3]) Der Vormund entschied im römischen Recht über den Antritt oder die Repudiation ohne Mitwirkung des Mündels, die Repudiation bedurfte aber eines Alienationsdekrets der Obervormundschaft.[4]) Gegen eine nachteilige Vertretung des Vormunds hatte der Mündel zu seinem Schutz die actio tutelae und das Rechtsmittel der in integrum restitutio.

Die Annahme und Ausschlagung einer dem Kinde gemäß der Novelle 118 c *2* angefallenen Erbschaft unterlag somit nicht — wie sonst — der freien Willkür, sondern dem vormundschaftlichen Ermessen des Vaters; die Ausschlagung bedurfte sogar der Genehmigung der Obervormundschaft.

b) Wieweit im gemeinen Recht die Sätze des römischen Rechtes Geltung hatten, war keineswegs klar. So standen nicht in praktischer Geltung die besonderen Sätze des römischen Rechtes über das dem Kinde vom Vater eingeräumte Sondergut und die damit zusammenhängenden Vorschriften über die Haftung des Vaters für Rechtsgeschäfte des Kindes. Anerkannt war, daß der Vater an dem peculium castrense und quasi castrense kein Recht hatte, an den anderen Erwerbungen des Kindes dagegen dem Kinde zwar das Eigentum, dem Vater aber Verwaltung und Nutznießung zustand, daß aber auch an diesen Erwerbungen das Nutznießungsrecht des Vaters ausgeschlossen werden konnte. Streitig war, ob der Vater aus seinem Vermögen dem Kinde etwas zu Eigentum zuwenden konnte, oder ob der römische Satz seine Geltung behalten mußte, daß der Erwerb mit Mitteln des Vaters notwendig Eigentum des Vaters bliebe.

Vor allem aber war gemeinrechtlich in Anlehnung an das ältere deutsche Recht das Institut der sogenannten väterlichen Vormundschaft anerkannt, kraft deren der Vater vormundschaftsartig jedes Vermögen der Kinder zu verwalten hatte, ohne damit doch den besonderen Einschränkungen und Verpflichtungen eines Vormundes z. B. dem Erfordernis der obervormundschaftlichen Genehmigung zu Veräußerungen unterworfen zu sein. Die patria potestas des römischen Rechts hat im gemeinen Recht nur insofern eine wesentliche Einbuße erlitten, als sie, während sie noch im iustinianeischen Recht erst mit dem Tode des Vaters erlosch, im gemeinen Recht in Anlehnung an deutsches Recht bereits mit der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Sohnes unterging (sogenannte emancipatio Germanica).

Man bezeichnete nunmehr diejenigen Vermögensbestandteile, die der Nutznießung des Vaters unterlagen (peculium adventicium regulare) als unfreies Kindesvermögen, die von dem Nießbrauch und der Verwaltung des Hausvaters freien Vermögensteile (peculium

---

[3]) L 8 § 106, 61, Nov. 117 c 1; vgl. 1,7, pr. C. 5, 70; Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts, III, § 432, Nr. 5.

[4]) Vgl. 1, 5 § 8 D de reb. eor. qui sub tut. (27, 9), 1, 5 pr. de V. S (50,16), c 6, C de praed. et al. reb. min. (5, 71); Köppen, Lehrb. des heutigen röm. Erb-Rechts, § 4, S. 86, Nr. 1.

castrense, quasi castrense adventicium irregulare) als freies Kindesvermögen.

Zu dem freien Kindesvermögen gehörte — wie im römischen Recht — auch das, was das Hauskind von einem seiner Geschwister ab intestato ererbt hatte, wenn der Vater Miterbe war. Der minderjährige Haussohn erhielt für sein irregulares Adventizgut wie im römischen Recht stets einen Vormund. Dieser konnte auch der Vater sein. Lag die Verwaltung in der Hand des Vaters, so hatte er sie wie ein gewöhnlicher Vormund zu führen, so daß die gemeinrechtlichen Rechtssätze von der väterlichen Vormundschaft Platz griffen. Hiernach entschied der Vater über den Antritt oder die Repudiation der seinem Kinde angefallenen Erbschaft ohne Mitwirkung des Kindes und bedurfte zur Repudiation wie der gewöhnliche Vormund [5]) zur Ausschlagung eines Alienationsdekrets der Obervormundschaft [6]).

Im übrigen war die vormundschaftsrechtliche Stellung des Vaters und dessen Befugnisse in dieser Hinsicht im gemeinen Recht nicht eindeutig klar, wie sich aus den beiden folgenden Entscheidungen ergibt:

So besagt eine Entscheidung des OAG. Kiel [7]) vom 26. 3. 1845, daß der Vater auf erbrechtliche Ansprüche des in seiner Gewalt befindlichen volljährigen Sohnes zu dessen Nachteil nicht gültig verzichten kann. „Der Vater würde aber", so urteilt das Gericht, „selbst wenn die Fortdauer der väterlichen Gewalt rechtlich angenommen werden könnte, nicht befugt gewesen sein, auf eine den volljährigen Sohn verbindende Weise dem Anspruch auf die statutarische Portion zu entsagen; indem vermöge der elterlichen Gewalt dem Vater zwar das Nutzungs- und Verwaltungsrecht an dem Vermögen des Sohnes, welches dieser für sich erworben, zusteht, nicht aber dieses Recht dahin ausgedehnt werden kann, künftigen Ansprüchen des volljährigen Sohnes auf Erbschaften zum Nachteil des Sohnes zu entsagen." Das OLG. Celle [8]) hat in seiner Entscheidung vom 23. Juni 1837 ausgesprochen, daß auf einen Erbabfindungsvergleich das Verbot einer Veräußerung von Adventizgütern nicht anwendbar sei. Zur Eingehung eines derartigen Vertrages für sein unmündiges und in seiner väterlichen Gewalt sich befindendes Kind sei aber der Vater als dessen natürlicher Vormund und als Administrator seines Vermögens im gleichen Maße für berechtigt zu halten, wie ihm nach den Gesetzen die Befugnis zustehe, die einem solchen Kinde angefallene Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Auch bedürfe es dabei der Zuordnung eines curatoris specialis um dessetwillen nicht, weil bei den mit dem Großvater über dessen etwaigen künftigen

[5]) Seuffert Archiv, Bd. 18, Nr. 148; anders jedoch Bd. 13, Nr. 100, sowie Förster a. a. O., Bd, 4, S. 274, Nr. 35, wonach der Vormund der Genehmigung nicht bedarf, da der Minderjährige Restitution habe.

[6]) Köppen a. a. O. § 12, I, S. 126.

[7]) Seuffert Archiv, Bd. 6, Nr. 228.

[8]) Seuffert Archiv, Bd. 7, Nr. 65.

Nachlaß geschlossenen Erbvertrage das Interesse des Vaters mit dem des Kindes nicht in Kollision stände.

c) Im preußischen allgemeinen Landrecht war ein peculium im Sinne des römischen Rechtes nicht bekannt. Aber das allgemeine Landrecht unterschied wie im Endergebnis das römische und gemeine Recht zwischen dem freien und nicht freien Vermögen des Kindes. Auch der Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen des Kindes stimmt im wesentlichen mit den betreffenden Vorschriften des gemeinen Rechtes überein. Nach § 156 in Verbindung mit den §§ 147—155 ALR ist das nicht freie Vermögen die Regel. Freies Vermögen ist nur in den durch die §§ 147—155 ALR bestimmten Fällen vorhanden. Ueber das freie Vermögen hatten die Kinder unbeschränkte Verfügungsbefugnis, als ob sie nicht unter väterlicher Gewalt ständen (II, 2, § 158). Während der Minderjährigkeit schrieb das Landrecht dem Vater die vormundschaftliche Verwaltung zu, wenn nicht der Dritte, von dem das Vermögen dem Kinde zugewandt worden war, auch dieses ausgeschlossen hatte (II, 2, § 159, II, 18, §§ 984 ff.).

Im Gegensatz zum gemeinen Recht gehörte zum nicht freien Vermögen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auch das, was dem Kinde durch Erbschaften zufiel (II, 2, § 156). Nicht ins allgemeine Landrecht aufgenommen wurde somit der römische Satz, daß zum adventicium irregulare das gehört, was das Hauskind von seinen Geschwistern erwirbt, wenn der Vater mit ihm als Intestaterbe konkurriert (Novelle 118, c 2). — An dem nicht freien Vermögen des Kindes hatte der Vater wie im gemeinen Recht die Verwaltung und Nutznießung bis zur Aufhebung der elterlichen Gewalt (II 2, 168), es konnten also die Hauskinder ohne Beitritt und Einwilligung des Vaters über dieses Vermögen nicht unter Lebenden verfügen, wohl aber konnten sie darüber testieren. Die Verwaltung des Vaters war zwar eine freiere, als die eines Vormundes, denn es handelte sich um sein eigenes, nicht um ein übertragenes Recht; aber sie unterlag in einzelnen Fällen, insofern die Kinder minderjährig waren, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, während bei Großjährigkeit der Kinder entsprechende Verfügungen nur mit ihrer Zustimmung zulässig waren. Dies galt von solchen Substanzveränderungen, die auch der Nießbraucher nicht ohne den Eigentümer vornehmen darf, sowie von Veräußerung, Verpfändung, dauernder dinglicher Belastung der Grundstücke und Gerechtigkeiten (II, 2, § 170, 171 ALR).

Ob aber, wie im heutigen Recht gemäß § 1643, II BGB der Vater zur Ausschlagung einer seinem Kinde angefallenen Erbschaft der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte, war im allgemeinen Landrecht zunächst bestritten. Aeltere Justizministerialreskripte sprachen aus, daß die Entsagung einer Erbschaft und selbst der Verzicht auf den Vorbehalt des Inventars der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurften. Das Justizministerium nahm jedoch später durch allgemeine Verfügung vom 4. 10. 1839 die entgegen-

gesetzte Ansicht ein. Die Literatur und Praxis schloß sich ziemlich allgemein der Ansicht an. Man unterschied jedoch, ob die Erbschaft in das freie oder nichtfreie Vermögen überging und sprach sich im zweiten Falle, überwiegend dafür aus, daß der Vater zur Ausschlagung der seinem Kinde angefallenen Erbschaft der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht bedürfe [9]). Es wurde darauf hingewiesen [10]), daß, wenn man die §§ 168—173 ALR in ihrem Zusammenhange betrachte, diese unverkennbar darauf hinwiesen, daß hier nur solche, die väterliche Verwaltung und den Nießbrauch des unfreien Vermögens der Kinder beschränkende Normen aufgestellt seien. Es müsse nämlich auffallen, daß das allgemeine Landrecht, während es im § 984, Tit. 18 so gemessene Bestimmungen für diejenigen Fälle anordne, in welchen den unter väterlicher Gewalt stehenden Kindern freies Vermögen anfalle, gerade da, wo eigentlich der Sitz der Materie sei, nichts über das Verfahren bei Anfällen unfreien Vermögens bestimme. Habe es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, rücksichts des unfreien Vermögens die Entsagungen der Väter für ihre Kinder der Prüfung und Genehmigung der vormundschaftlichen Gerichte zu unterwerfen. so sei nicht abzusehen, warum nicht eine ähnliche Vorsorge getroffen und eine Zwangsverbindlichkeit eingeführt sei, dergleichen Anfälle der Kognition der vormundschaftlichen Gerichte zu bringen, während jetzt dieselbe in den wenigsten Fällen eintreten könnte, weil den Behörden keine Mittel zu Gebote ständen, sich Kenntnis von den Anfällen zu verschaffen.

Es sei zu untersuchen, ob die kraft der väterlichen Gewalt erklärte Entsagung einer Erbschaft als ein Akt der Verwaltung anzusprechen sei, oder ob sie eine andere Quelle habe. Die Verwaltung setze eine Sache im weiteren Sinne voraus, eine solche sei von dem Zeitpunkt des Erbanfalles bis zur Erklärung über denselben, möge diese in einer Entsagung oder in dem Antritt bestehen, für das Kind noch gar nicht vorhanden; deshalb sei auch für den Vater noch gar nichts zu verwalten. Mit dem Erbanfalle sei die Befugnis für den Erben gegeben, der Erbschaft zu entsagen oder sie mit oder ohne Rechtswohltat anzutreten. Das eine oder das andere zu wählen, sei ein Akt des Willens, mithin ein Ausfluß der Persönlichkeit. Bei dem unter väterlicher Gewalt stehenden Kinde haben die positiven Gesetze diese Persönlichkeit noch nicht zur Selbständigkeit erhoben; es sei daher der Wille des Vaters, welcher das Kind durchdringe, er vertrete dasselbe in den rechtlichen Verhältnissen, und erst durch ihn erlangten die Handlungen und Verbindlichkeiten des Kindes rechtliche Bedeutung. Entsage also der Vater einer seinem Kinde angefallenen Erbschaft, so scheine dies eher ein Akt der Vertretung der

[9]) Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Erl. zu § 168; Arndts und Leonhard, Vormundschaftsrecht S. 132; Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches, 3. Bd., § 55, II, 3; anders — gegen Förster — Eccius, preuß. Privatrecht, 4. Bd., § 223, II, S. 163.

[10]) Schütz, i. d. Juristischen Wochenschrift, 1841. S. 101 ff.

Persönlichkeit seines Kindes, als ein Akt der Verwaltung des demselben zuständigen Vermögens zu sein.

Es enthalte demnach der § 170 ALR. nur eine Norm für die väterliche Verwaltung, nicht aber für die Vertretung der Persönlichkeit des Kindes und seines Willens. Da der Vater aber bei der Ausschlagung als Vertreter seines Kindes handele, so bedürfe die von ihm erklärte Entsagung einer seinem in väterlicher Gewalt stehenden Kinde als unfreies Vermögen angefallenen Erbschaft keiner Prüfung und Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes.

Zu diesem Ergebnis gelangte auch die Rechtsprechung. So sprach das Obertribunal [11]) in einer Entscheidung vom 28. 4. 1852 aus, daß der Vater durch Versäumung der Frist zur Eingehung des Inventars einer dem Kinde angefallenen zum nicht freien Vermögen gehörigen Erbschaft dasselbe der Rechtswohltat verlustig mache. Auch das Reichsgericht [12]) erachtete eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes weder zur Entsagung noch zum vorbehaltlosen Antritt einer zum nicht freien Vermögen des Kindes gehörigen Erbschaft erforderlich.

d) Die Rechtssätze und Gedankengänge des römischen, gemeinen Rechtes und des allgemeinen Landrechts haben im Bürgerlichen Gesetzbuch in § 1643, II ihren Niederschlag gefunden. Hiernach bedarf der Vater gemäß Abs. II, Satz 1 zur Ausschlagung einer seinem Kinde angefallenen Erbschaft grundsätzlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, ohne Rücksicht darauf, ob die Erbschaft in das freie oder nicht freie Vermögen des Kindes fällt. Von dieser Regel macht Satz *2* des Abs. *2* — wie oben bereits kurz erwähnt — eine Ausnahme für den Fall, daß der Vater nicht als Miterbe mit dem Kinde zur Erbschaft berufen ist. Der Vater soll alsdann die Erbschaft für das Kind ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausschlagen dürfen, falls die Erbschaft infolge seiner Ausschlagung dem unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kinde anfällt.

Man hat hier von einer Genehmigung absehen zu dürfen geglaubt [13]), weil fast mit Gewißheit anzunehmen sei, daß die Erbschaft für die Berufenen, als auch für das nächstberufene Kind ohne Vorteil sein werde, da der Inhaber das dringendste Interesse habe, die Erbschaft zu erwerben und nicht leicht ohne gehörige Prüfung der Sachlage ausschlagen werde. Dieser Umstand rechtfertige eine Erweiterung der regelmäßigen Befugnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt und gestatte, ihm gegenüber von dem Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abzusehen. Eine Erweiterung der Machtbefugnisse des Vaters in dieser Richtung sei im praktischen Interesse umso mehr angemessen, als es sonst leicht dazu kommen könne, daß das Vormundschaftsgericht, um jede Verantwortlich-

[11]) Entsch. OTrib. Bd. 23, S. 63.
[12]) Gruchot, Bd. 26, S. 1042.
[13]) Motive V, 515 ff.

keit von sich fernzuhalten, auf Annahme der Erbschaft für das Kind, welchem das Inventarrecht zustehe, bestehe, auch, wenn die Insolvenz der Erbschaft kaum zu bezweifeln sei. Bleibe unbeachtet, welche Last und Mühe dem Vater aus einer solchen widerwilligen Annahme der Erbschaft erwachse, so sei zu besorgen, daß daraus erhebliche Nachteile für das Kind und sein Verhältnis zu dem Inhaber der elterlichen Gewalt sich ergeben würden.

Gegen diese Begründung der Motive dürfte nicht einzuwenden sein.

Anders liegt jedoch die Sache bei gleichzeitiger Beerbung durch Vater und Geschwister. Wenn der Vater neben dem Kinde zur Erbschaft berufen ist, tritt gemäß § 1643, II, S. 2 BGB. die Regelvorschrift wieder ein. Stirbt also ein Kind, während sein Vater und sein Bruder am Leben sind, die Mutter aber vorverstorben ist, so werden nebeneinander zur Erbschaft berufen: der Vater zur Hälfte und der Bruder zur Hälfte. In diesem Falle bedarf der Vater zur Ausschlagung für den Bruder, seinen Sohn, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Die Motive begründen dies damit, daß die Prüfung der Ausschlagung seitens des Gewalthabers für sich selbst in solchen Fällen nicht vorangehe, sondern der Vater für sich und die Kinder gleichzeitig überlege. Auch sei in Betracht zu ziehen, daß die Wirkung der Annahme sich beim Wegfall von Miterben erweitere, ein Widerspruch der Interessen zwischen Vater und Kind sei daher naheliegend. In solchen Fällen müsse es deshalb bei der Regel des Abs. 2 Satz 1 sein Bewenden haben.

Dieser Begründung der Motive ist indessen, wie Kipp zutreffend nachgewiesen hat [14]), nicht zuzustimmen.

Wenn nämlich der Vater den Anteil des Kindes ausschlägt, bevor er selbst für sich ausgeschlagen hat, schlägt der Vater für das Kind eine Erbschaft aus, die nicht infolge der Ausschlagung des Vaters dem Kinde angefallen ist. Zur Ausschlagung einer solchen Erbschaft bedarf der Vater bereits nach § 1643, II, S. 1 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Es ist also in diesem Fall — wie Kipp richtig ausführt — unzweifelhaft die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich, ohne daß der § 1643, II, S. 2 BGB. es hätte bestimmen müssen. In richtiger Erkenntnis der Sachlage haben sich ja auch die Motive über diesen Punkt und über die dem Kinde gegebenenfalls drohenden Nachteile ausgelassen und daher die Ausschlagung der Erbschaft von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts als abhängig erachtet. Dies ist aber der einzige Fall, in welchem man daran denken kann, daß der Vater für das Kind ausschlägt, um für sich zu gewinnen.

Hat nun der Vater für sich ausgeschlagen und will nun für das Kind sowohl das, was diesem ursprünglich, sowie das, was ihm infolge der Ausschlagung des Vaters angefallen ist, ausschlagen, so

[14]) Kipp, Erbrecht, § 53, Anm. 13.

liegt die praktische Gefahr fern, welche die Motive befürchten. Es kann nämlich in diesem Falle der Vater garnicht für das Kind ausschlagen, um das von ihm selbst Ausgeschlagene zurückzugewinnen [15]).

Mit der Ausschlagung nämlich wird unter der Voraussetzung, daß in dem oben angeführten Beispiel keine weiteren Erben vorhanden sind, die vom Vater ausgeschlagene Erbschaft den Erbteil des Sohnes erhöhen (§ 1935 BGB), bzw. falls die Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen eingetreten ist, dem Erbteil des Sohnes anwachsen (§§ 2094, 2095 BGB). Durch den Wegfall des Vaters, seines Miterben, vergrößert sich demnach der Erbteil des Sohnes. Diese „Anwachsung" genannte Erscheinung (§§ 2094, 2095 BGB) trat im römischen Recht immer dann ein, wenn überhaupt ein Erbe, sei es nun bei der testamentarischen oder bei der gesetzlichen Erbfolge, wegfiel. Sie beruhte auf dem Gedanken, daß der Tatbestand, der beim Vorhandensein mehrerer Erben die Berufung des Einzelnen nur auf einen Erbteil zu begründen vermag, beim Wegfall dieser Mitberufenen die Berufung auf die ganze Erbschaft zur Folge haben muß. (coneursu partes fiunt.) Das kommt auch in dem gemeinrechtlichen Satz zum Ausdruck: portio portioni accrescit, non personae. Dieser Gesichtspunkt mußte natürlich infolge der Unteilbarkeit der Berufung sowohl bei der gesetzlichen wie bei der Testamentserbfolge zur „Akreszenz" führen. Da durch die Errichtung des Testaments die Intestaterbfolge überhaupt ausgeschlossen wurde, mußte das Testament ebenso wie die Verwandtschaft mit dem Erblasser zur grundsätzlichen Berufung jedes Erben auf die ganze Erbschaft führen. Das kommt in dem genannten Satze zum Ausdruck.

Nach dem BGB beruht dagegen die Anwachsung auf einem ganz anderen Gedanken. Von Anwachsung spricht es überhaupt nur bei der testamentarischen Erbfolge. Bei der Intestaterbschaft bezeichnet es die römische Akkreszenz als Erhöhung des gesetzlichen Erbteils und bringt durch diese terminologische Unterscheidung schon zum Ausdruck, daß es sich in beiden Fällen um verschiedene Institute handelt.

Während die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils nämlich auf den Grundgedanken der römischen Akkreszenz beruht, wird die Anwachsung auf den vermutlichen Willen des Erblassers zurückgeführt. Diese Aenderung des Standpunktes war notwendig, weil das BGB den Grundsatz der Unteilbarkeit der Berufung aufgegeben hat. Da der Erblasser teils nach seinem letzten Willen, teils nach dem Gesetze beerbt werden kann, ist es nicht notwendig, daß beim Wegfall eines Testamentserben die übrigen Testamentserben an seine Stelle treten. Es können vielmehr auch die Intestaterben in Frage kommen. Die Anwachsung tritt also nicht mit derselben begrifflichen Notwendigkeit ein wie die Akkreszenz des römischen Rechtes.

Dem trägt das BGB dadurch Rechnung, daß beim Wegfall von Testamentserben zwar grundsätzlich Anwachsung eintritt, aber der

[15]) Vgl. Kipp, a. a. O. Erbrecht § 53, Anm. 13.

Testator sie ausschließen kann. Wenn diese Anwachsung nach dem BGB auch dann eintreten soll, wenn der konkurrierende Miterbe schon vor dem Erbfall weggefallen ist (§ 2094, I BGB), so hat dies hier seinen guten Sinn, weil nämlich die Höhe des Erbteils, auf den jeder Miterbe berufen ist, an sich in bestimmter Weise festgelegt ist. Ist umgekehrt der Miterbe nach dem Erbfall weggefallen, so muß keineswegs immer die Anwachsung eintreten. Durch seinen Tod wird vielmehr, wenn er die Erbschaft noch nicht angenommen hatte, seine Berufung keineswegs hinfällig, sondern sie bleibt wirksam, und infolge des ipso iure erfolgten Erwerbes der Erbschaft geht seine Quote mit dem Rechte der Ausschlagung auf seine eigenen Erben über. Nur seine oder diese Erbenausschlagung führt also hier die Anwachsung herbei.

Der Wegfall eines Miterben im Sinne des Gesetzes ist mithin Zerstörung der Berufung. Sie tritt ein durch Ausschlagung, Tod vor dem Erbfall und durch Erbunwürdigkeit. Die Folge der Anwachsung aber ist die Erhöhung des Erbteils des Anwachsungsberechtigten, und zwar geht der anwachsende Teil in den Erbteil des Berechtigten auf.

Das Gesetz nimmt in den Fällen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch Wegfall eines Miterben (§ 1935 BGB) und der Anwachsung bei Verfügung von Todes wegen (§§ 2095, 2279, I BGB) also, soviel den Erbschaftserwerb angeht, Berufung zu einem einzigen Teil an. Wenn daher die Erhöhung oder die Anwachsung bereits vor der Erklärung über Annahme oder Ausschlagung eingetreten ist, so kann eine wirksame Erklärung nur einheitlich über alles abgegeben werden, was dem Erklärenden nunmehr angefallen ist. Wollte es nur den ursprünglichen Teil oder nur die Erhöhung annehmen oder ausschlagen, so wäre seine Erklärung nach § 1950 BGB unwirksam.

Wenn dagegen der Erbe angenommen hat und nachher Tatsachen eintreten, die eine Erhöhung des Erbteils oder eine Anwachsung begründen, so wirkt die erfolgte Annahme ohne weiteres für die Erhöhung oder den anwachsenden Teil. Hat ein Erbe einmal ausgeschlagen, so ist er selbst weggefallen und zu seinen Gunsten kann eine Erhöhung oder Anwachsung nicht mehr eintreten.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß der Vater als mitberufener Erbe nicht für das Kind ausschlagen kann, um das von ihm selbst Ausgeschlagene zurückzugewinnen.

Wenn nun das Landgericht Mosbach[16]) annimmt, der mitberechtigte Vater könne nicht für das minderjährige Kind ausschlagen, mit der Folge, daß er dann allein Erbe werde, es sei vielmehr ein Pfleger notwendig, so kann dieser Entscheidung nicht zugestimmt werden. Denn die Bestellung eines Pflegers, so bemerkt richtig Kipp[17]), würde voraussetzen, daß das Vormundschaftsgericht zunächst dem

[16]) Badische Rechtspraxis 1926, 155.
[17]) a. a. O. § 53, Anm. 13.

Vater nach § 1630 BGB, Abs. 2, S. 2, § 1796 BGB die Vertretungsmacht entzöge, und dann müßte es die Ausschlagung durch den Pfleger genehmigen. Es sei jedoch genug, daß die Ausschlagung durch den Vater der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedürfe.

Nach der hier entwickelten Ansicht treffen somit die Befürchtungen der Motive im Falle der gleichzeitigen Beerbung von Vater und Geschwister (§ 1643, II, S. 2) nicht zu [18]).

Hat nämlich der Vater seinen Erbteil ausgeschlagen und will er nun für das Kind sowohl das, was diesem ursprünglich wie das, was ihm infolge der Aussschlagung des Vaters angefallen ist, ausschlagen, dann ist — wie oben näher ausgeführt ist — eine Kollision der Interessen nicht mehr denkbar. Der Fall, daß der Vater den Anteil des Kindes ausschlägt, bevor er selbst für sich ausgeschlagen hat, ist bereits (wie oben ausgeführt) durch Abs. 2, Satz 1 des § 1643 BGB geregelt. Die merkwürdige Ausnahme im § 1643 BGB, Abs. 2, Satz 2 wiederholt somit nur eine Anordnung zur Abwendung einer Gefahr, der bereits durch Absatz 2, Satz 1 begegnet wird.

Teil II.

Gesetzliche Erbfolge des Ehegatten, der zugleich Verwandter ist (§ 1934 BGB).

§ 3. *Voraussetzungen für gleichzeitige gesetzliche Beerbung als Ehegatte und Verwandter.*

Im Gegensatz zum gemeinen Recht, das den überlebenden Ehegatten hinter alle erbfähigen Verwandten zurücktreten ließ und nur der „armen Witwe" ein uneingeschränktes Erbrecht gewährte, läßt das BGB im Einklang mit der deutschen Auffassung vom Wesen der Ehe den Ehegatten auch neben dem nächsten Blutsverwandten an der Erbschaft teilnehmen und gibt ihm vor entfernteren Verwandten sogar den Vorzug. Das Verhältnis des überlebenden Ehegatten zu den Verwandten des Erblassers ist in der Weise geregelt, daß neben dem Ehegatten nur die Verwandten der ersten und zweiten Ordnung und aus der dritten Ordnung noch die Großeltern zur Erbfolge gelangen.

Der Erbteil des Ehegatten ist je nach der Ordnung der miterbenden Verwandten verschieden. Im einzelnen erbt der überlebende Ehegatte — immer vorausgesetzt, daß er mit dem Erblasser bis zu dessen Tode in gültiger Ehe gelebt hat — neben Abkömmlinge des Erblassers ein Viertel, neben Eltern und Abkömmlingen der Eltern,

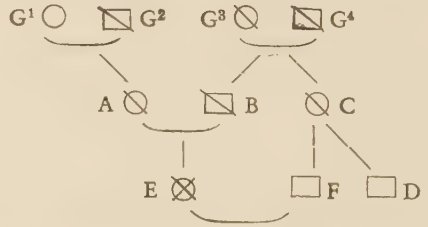
[18]) Ebenso Leonhard a. a. O., Anm. 1 zu § 1945 BGB.

sowie neben Großeltern die Hälfte. Ist ein Großvater oder eine Großmutter weggefallen, so erhält der Gatte auch den Teil der anderen Hälfte, den sonst die Abkömmlinge des Weggefallenen erhalten würden. Sind aber Abkömmlinge des Weggefallenen nicht vorhanden, so erhält jenen Teil nicht der Gatte, sondern die anderen Großeltern. Sind nun weiter weder Verwandte der beiden ersten Ordnungen noch Großeltern vorhanden, so erbt gemäß § 1931 BGB der Ehegatte allein.

Der überlebende Ehegatte kann nicht nur in seiner Eigenschaft als Ehegatte, sondern auch zugleich als dessen Verwandter zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein. Ist dies der Fall, so bestimmt § 1934, Satz 1 BGB:

„Gehört der überlebende Ehegatte zu den erbberechtigten Verwandten, so erbt er zugleich als Verwandter."

Das Verwandtschaftsverhältnis kann jedoch nur so beschaffen sein, daß der Ehegatte ein Neffe oder eine Nichte oder ein entfernterer Abkömmling eines Bruders oder einer Schwester des Erblassers ist. Denn die Ehe zwischen Verwandten in gerader Linie und zwischen Geschwistern ist nach § 1310 BGB nichtig und die Eheschließung zwischen Personen, die durch Annahme an Kindes statt miteinander verbunden sind, hat aber zur Folge, daß die Aufhebung des durch die Annahme zwischen ihnen begründeten Rechtsverhältnisses eintritt (§ 1771 BGB). Es besteht weiter auch nicht die Möglichkeit, daß der überlebende Ehegatte zugleich als Vetter oder Base des verstorbenen Ehegatten erbt, denn Vetter und Base sind Verwandte der dritten Ordnung, die mit Ausnahme der Großeltern von der Erbfolge ausgeschlossen sind, wenn sie neben dem überlebenden Ehegatten als Erben berufen sind (§ 1931 BGB). Die Stellung des Ehegatten als Abkömmling der Großeltern des Erblassers kann also neben seiner Eigenschaft als Ehegatte nicht zur Geltung kommen [19]). Beispiel:



Der Erblasser E war verheiratet mit seiner Base F. Bei seinem Tode lebte die Ehefrau, die väterliche Großmutter G ¹ und ein Ab-

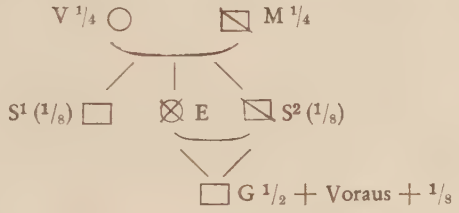
[19]) Vgl. Enneccerus-Kipp, Erbrecht, § 5, IV.

[20]) In diesem und dem folgenden Beispiel sind männliche Personen durch Kreise, weibliche Personen durch Vierecke bezeichnet. Der Erblasser (E) ist doppelt durchstrichen, die vor dem Erbfalle verstorbenen Personen sind einfach durchstrichen. Eheliche Verbindung ist durch einen Bogen angedeutet.

kömmling der mütterlichen Großeltern, die Schwester der Gattin F, die D. In diesem Fall bekommen G^1 zwei Achtel, die Gattin die Hälfte und außerdem diejenigen beiden Achtel, die die mütterlichen Großeltern G^3 und G^4 erhalten würden, wenn sie noch lebten. Diese beiden Achtel vereinigen sich mit der Hälfte zu einem einheitlichen Erbteil. Denn wie die F als Ehegatten die D als Abkömmling der Großeltern des Erblassers von der Erbfolge ausschließt, kann sie auch selbst in ihrer Stellung als Abkömmling der Großeltern nicht zur Erbfolge gelangen. Alles, was sie erhält, erbt sie als Gattin. Außerdem bekommt sie den Voraus.

Es können somit praktisch nur die Fälle der zweiten Ordnung vorkommen, daß also der Erblasser seine Nichte oder seine Großnichte geheiratet hat.

Beispiel:



Der Erblasser E hat seine Nichte, die G, geheiratet. Bei seinem Tode leben die Gattin G, der Vater V und eine Schwester des Erblassers S^1. Die Mutter M und die Schwester des Erblassers S^2 sind verstorben. Die G erhält in ihrer Eigenschaft als Ehegatte die Hälfte der Erbschaft und den Voraus; sie erbt aber zugleich als Abkömmling der Eltern des Erblassers. Der Vater des Erblassers V erhält nämlich ein Viertel, die Mutter M würde ebenfalls ein Viertel erhalten, wenn sie noch lebte. In dieses ein Viertel teilen sich S^1 und S^2 mit je einem Achtel. Da die S^2 bereits gestorben ist, so erhält ihr Achtel an ihrer Stelle die G.

Dieser Erbteil ist der Verwandtenerbteil im Sinne des § 1934 BGB.

§ 4. *Die Gleichheit und Verschiedenheit der Berufungsgründe zur Erbschaft und ihre Bedeutung für die praktische Anwendung des § 1934 BGB.*

Der Erbteil, der dem Ehegatten auf Grund der Verwandtschaft zufällt, gilt gemäß § 1934 BGB, S. 2 als „besonderer Erbteil". Der Verwandtenerbteil und Ehegattenerbteil, die in diesem Fall in der Person des Ehegatten zusammentreffen, verschmelzen damit nicht zu einer Einheit, sondern bestehen als selbständige, besonders zu behandelnde Teile fort.

Der Gesetzgeber hat diese in § 1934, S. 2 festgelegte Sonderung der einzelnen Erbteile jedoch in dem praktisch bedeutsamen Fall der

Annahme und Ausschlagung der Erbteile in § 1951 BGB nicht durchgeführt.

§ 1951 BGB lautet: „Wer zu mehreren Erbteilen berufen ist, kann, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen.

Beruht die Berufung auf demselben Grunde, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils auch für den anderen, selbst wenn der andere erst später anfällt. Die Berufung beruht auf demselben Grunde auch dann, wenn sie in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßig in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist.

Setzt der Erblasser einen Erben auf mehrere Erbteile ein, so kann er ihm durch Verfügung von Todes wegen gestatten, den einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen."

Der überlebende Ehegatte kann danach den Gattenerbteil annehmen und den Verwandtenerbteil ausschlagen und umgekehrt, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht; beruht die Berufung dagegen auf demselben Grunde, so tritt nach Abs. 2 eine streng einheitliche Behandlung der einzelnen Erbteile ein. Durch die Annahme und Ausschlagung des einen Erbteils wird ipso iure der andere Erbteil mitergriffen.

Wann nun die Berufung des Erben zu mehreren Erbteilen im Sinne des Gesetzes auf demselben Grunde beruht, und wann auf verschiedenen Gründen, darüber hat sich § 1951 nicht erschöpfend ausgesprochen und läßt hierüber verschiedene Zweifel offen. Der Fassung von Abs. 2, Satz 2 des § 1951 BGB kann jedoch mit Sicherheit folgendes entnommen werden:

1. Die Berufung beruht auf demselben Grunde, wenn sie angeordnet wird:
   a) in demselben Testament oder auch in verschiedenen Testamenten des Erblassers,
   b) in einem Erbvertrag oder in verschiedenen, zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen,
2. die Berufung beruht, wie argumentum e contrario anzunehmen ist, auf verschiedenen Gründen:
   a) wenn für den einen Erbteil eine Berufung durch Verfügung von Todes wegen, für den anderen eine Berufung durch Gesetz erfolgt,
   c) wenn die Berufung zu verschiedenen Erbteilen durch verschiedene, nicht zwischen denselben Personen geschlossene Erbverträge bestimmt ist.

Das Gesetz läßt dagegen die hier interessierende Frage, ob die Berufung des Erben zu mehreren Erbteilen kraft Ehe und Verwandtschaft als auf verschiedenen Gründen oder aber auf demsel-

ben Grunde beruhend anzusehen ist, offen. Die Frage ist daher auch in der Literatur sehr bestritten. Die Entscheidung der Streitfrage liegt darin, was man unter Berufungsgrund zu verstehen hat.

§ 5. *Der Begriff des Berufungsgrundes im römischen, gemeinen Recht und allgemeinen Landrecht.*

Das römisch-gemeine Recht hat sich mit dem Begriff des Berufungsgrundes wenig beschäftigt, weil es infolge der grundsätzlichen Unteilbarkeit der Berufung im allgemeinen keine Konkurrenz von Berufungsgründen kannte.

Die Form der Erbfolge im römischen Recht war die Universalsuccession (successio in universum jus defuncti), d. h. die Rechtsnachfolge des (oder der) Erben in die vermögensrechtliche Stellung, in das aktive und passive Vermögen des Erblassers als einheitliches Ganzes. Durch die Berufung zur Erbfolge ging somit das Vermögen des Erblassers als einheitliches Ganzes auf den Erben über. Da es aber bei einer Erbenmehrheit nicht möglich war, daß jeder Erbe uneingeschränkt über die ganze Erbschaft verfügte, trat bei der gesetzlichen Erbfolge für die einzelnen Erben eine quantitative Beschränkung ein, die sich nach den erbrechtlichen Beziehungen des Erben zum Erblasser richtete.

Eine Folge des Grundsatzes, daß jeder Erbe auf das Ganze berufen ist, war die bekannte Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, also die Unmöglichkeit des Konkurrierens der gewillkürten mit der gesetzlichen Erbfolge. Wenn die Bruchteile, auf welche die Miterben testamentarisch eingesetzt waren, den Nachlaß nicht erschöpften, trat eine Erhöhung der Bruchteile der Miterben ein, nicht aber kam für den freibleibenden Teil des Nachlasses die gesetzliche Erbfolge zum Zuge, da die Bruchteile lediglich einen Maßstab bildeten, nach dem die quantitative Beschränkung der je auf das Ganze berufenen Erben sich bestimmte. Eine weitere Folge der Berufung des Erben zum Nachfolger der gesamten Rechtspersönlichkeit des Erblassers war die, daß Willenserklärungen, die der Alleinerbe oder ein Miterbe den Nachlaß betreffend abgab, oder Unterlassungen, die er beging, sich auf die ganze Erbschaft erstreckten.

Bei der mehrfachen Berufung des Erben wurden in Durchführung des obigen Grundsatzes die mehreren für denselben Erben bestimmten Erbteile streng einheitlich behandelt. Der mehrfach berufene Erbe konnte nicht den einen Erbteil annehmen, den anderen ausschlagen, da er nicht auf mehrere Teile, sondern mehrmals auf das Ganze berufen war.

Auch im allgemeinen Recht ist nach dem Grundsatz der Berufung auf das Ganze eine streng einheitliche Behandlung mehrerer Erbteile desselben Erben festzustellen. Dies ergibt sich bezüglich der

Annahme und Ausschlagung besonders aus der Bestimmung ALR. I, 9 § 395, L, 1 D. h. t. 29, 2: qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest, L, 2 D. eod.: sed et si quis ex pluribus partibus in ejusdem heredidate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere.

Auch dem preußischen allgemeinen Landrecht war eine getrennte und verschiedene Behandlung mehrerer Erbteile desselben Erben unbekannt. Bezüglich der Annahme und Ausschlagung bestimmte ALR I, 9 §§ 395, 396 ausdrücklich: „Auch muß die Erklärung über die ganze Erbschaft und nicht bloß auf einen Teil derselben gerichtet sein. Erklärungen, bei welchen gegen diese Vorschriften gehandelt wird, werden für nicht geschehen erachtet."

§ 6. *Der Begriff des Berufungsgrundes im Bürgerlichen Gesetzbuch und seine Bedeutung für die rechtliche Behandlung des Ehegattenerbteils und des Verwandtenerbteils im* § 1934 *BGB.*

Im bürgerlichen Recht hat der Begriff des Berufungsgrundes infolge der grundsätzlich gesonderten Behandlung mehrerer Erbteile desselben Erben eine größere und weitertragendere Bedeutung. In der Literatur gehen die Meinungen darüber auseinander, ob einerseits das Gesetz als einheitlicher Berufungsgrund, oder ob die einzelnen konkreten Tatbestände, die nach dem Gesetz die Erbfolge herbeiführen, jeder für sich als selbständiger Berufungsgrund anzusehen sind. Versteht man unter Berufungsgrund das Gesetz, so liegt derselbe Berufungsgrund [21]) im Falle der Berufung des Ehegatten zu mehreren Erbteilen kraft Ehe und Verwandtschaft vor; versteht man dagegen unter Berufungsgrund den konkreten Tatbestand, an welchen das Gesetz die Erbfolge knüpft, so liegen verschiedene Berufungsgründe [22]) vor.

Die vorherrschende Meinung [23]), nach der das Gesetz als nicht in einzelne konkrete Tatbestände zerlegbar, sondern nur als einheit-

[21]) Planck-Strohal, Kom. z. BGB., Bem. 3, zu § 1951; Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB., II, § 61 b bei Note 8: Frommhold, Kom. z. BGB., Bem. 1 zu ß 1951; Cosack, Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts, Bd. 2, § 144, Nr. 3; Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 5, § 666, Anm. 94; Matthias, Lehrb. d. bürgerlichen Rechts, Bd. 2, § 164 unter Ziff. 2 F 2: Knitschky, im Archiv f. ziv. Prax., Bd. 91, S. 302 ff.; Hellwig, im Archiv für ziv. Prax., Bd. 102, S. 439 ff.; Witte, die Ausschlagung der Erbschaft nach BGB., Diss. Rostock 1912, S. 48; Schleifer, Mehrere Erbteile desselben Erben, Diss. Heidelberg 1911, S. 11: Greiner, Die mehrfache Berufung des Erben und des Vermächtnisnehmers, Diss. Erlangen 1912; Niese, im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 30, S. 198, 199.

[22]) Staudinger, Kom. z. Bürgerl. Gesetzbuch, Bem. 3 zu § 1951; Enneccerus-Kipp, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, Bd. 5, § 54, 2 d, Note 2; RGRKomm., Bem. 2, zu § 1951; Binder, die Rechtstellung des Erben nach Bürgerlichem Gesetzbuch, Bd. 1, S. 111 ff,; Dernburg, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, Bd. 5, § 147, I, Ziff. 3; Leonhard, Komm. zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. 5, Bem. I B zu § 1951 BGB.; Pohl, Gesetzliche Erbfolge aus mehreren Gründen, Diss. Erlangen 1934.

liches Ganze als untrennbarer Berufungsgrund zu gelten hat, begründet ihre Auffassung damit, daß das Gesetz neben sich nur einen Berufungsgrund anerkenne, nämlich den Willen des Erblassers, der im Testament oder im Erbvertrag zum Ausdruck komme, daß aber überall da, wo es selbst berufe, es auch selbst als Gesetz in abstracto Grund der Berufung sei. Verwandtschaft und Ehe sind im Sinne dieser Auffassung nicht Berufungsgründe, sondern lediglich Voraussetzungen für das Gesetz, eine bestimmte Person zu berufen. Sie haben als rein tatsächliche Voraussetzungen zu gelten, die nicht zu Berufungsgründen erhoben sind, sondern die vorhanden sein müssen, damit sich das Gesetz selbst zum Berufungsgrunde bezüglich einer bestimmten Person macht.

Wenn nun Verwandtschaft und Ehe, so wird weiter gefolgert, nebeneinander hinsichtlich einer Person vorliegen, so qualifizieren sie diese Person als die zu berufene. Beide Momente, Verwandtschaft und Ehe, sind entweder bestimmt vorhanden oder sie sind nicht vorhanden, unabhängig von irgendeinem Willen. Sei aber eine bestimmte Person vorhanden, die mit dem Erblasser verwandt oder verheiratet ist, so sehe sich das Gesetz gezwungen, diese Person zu berufen. Es bestimme ganz einheitlich: Eine Person, die in dem oder dem familienrechtlichen Verhältnis zum Erblasser gestanden hat, berufe ich als Erben. Hierin müsse der Unterschied der Berufung durch das Gesetz von der Berufung durch den Willen des Erblassers erblickt werden. In der Berufung durch den Willen des Erblassers liege ein subjekitves Moment in der Art, daß der Erblasser je nach der individuellen Persönlichkeit des Erben, den er berufen will, in einer oder mehreren Willensbildungen den besonderen Verhältnissen entsprechend seinen Willen äußere; wobei man doch jedenfalls diese mehrfachen Willensbildungen als innerlich begründet betrachten müsse. Bei der Berufung durch das Gesetz fehle aber dieses subjektive Moment. Bezüglich der Person eines bestimmten Erben könne indessen eine mehrfache Willensbildung des Gesetzgebers nicht vorliegen, selbst dann nicht, wenn mehrere berufene Erklärungen vorhanden seien. Denn das Gesetz habe sich selbst zum einheitlichen Grunde der Berufung gemacht, wenn auch mehrere Berufungen durch das Gesetz nebeneinander vorliegen mögen. Ohne jede Beziehung zur Individualität der Person ergebe sich die Zahl der Berufungen nach reinen tatsächlichen Momenten. Das Gesetz selbst aber sei für alle Berufungen derselbe Grund zur Berufung.

„Wenn das Gesetz," so führt Planck [24]) aus, „die Berufung desselben Erben zu verschiedenen Erbteilen in mehreren Testamenten oder in mehreren zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen ungeachtet der Verschiedenheit der Berufungstatbestände als auf demselben Grunde beruhend betrachtet, so ist dafür offen-

[23]) Vgl. die unter Ziff. 21 angeführten Schriftsteller.
[24]) Planck a. a. O., Bem. 3 zu § 1951.

bar die Erwägung maßgebend, daß die vom Erblasser in dieser Weise angeordneten mehreren Berufungen durch den Willen des Erblassers zueinander in Beziehung gesetzt sind und zu einem Gesamtwillen zusammengeschlossen werden." Man könne sich daher auch der Schlußfolgerung nicht entziehen, daß, wenn ein Erbe bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zu mehreren Erbteilen berufen sei, auch diese Berufungen auf einem geschlossenen Gesamtwillen, des Gesetzes nämlich, und somit auch auf einem einheitlichen Berufungsgrunde beruhten.

Zu diesem Ergebnis, allerdings mit anderer Begründung, gelangt auch Hellwig[25]). Er ist der Ansicht, daß zur Klärung der Frage, ob die Berufung zu den mehreren Erbteilen im Sinne des § 1934 BGB aus demselben oder aus verschiedenen Gründen erfolge, zunächst festzustellen sei, ob einem solchen Berufungsgrunde nur einer oder mehrere Erbteile entsprechen könnten. Diese Feststellung trifft er für die gesetzliche Erbfolge nach den §§ 1927, S. 2 und 1934, S. 2 BGB und ebenso dann, wenn die mehreren Erbteile in ebenso vielen Testamenten oder Erbverträgen gebildet werden, ferner auch im Falle des § 1951, Abs. 3 BGB dahin, daß einem Berufungsgrund nur ein Erbteil entspreche.

Hellwig folgert nun weiter, daß unter „demselben Grunde" in § 1951, Abs. 2 BGB nicht zahlenmäßig ein Grund, sondern eine Mehrheit gleichartiger Gründe, und unter „verschiedenen Gründen" im Abs. 1 des § 1951 BGB nicht einfach mehrere, sondern verschiedenartige Gründe gemeint seien. Es lägen demnach bei gesetzlicher Berufung zu mehreren Erbteilen wohl mehrere, aber gleichartige, nicht verschiedene Gründe vor. Eine andere Auslegung sei mit den Bestimmungen des § 1951 BGB, Abs. 1 nicht zu vereinbaren, auch wenn man diese Bestimmungen als Ausnahmesatzungen gelten lassen wolle.

Wollte man der Auffassung folgen, daß bei gesetzlicher Berufung zu mehreren Erbteilen mehrere Berufungsgründe vorlägen, so wäre das Dasein von § 1951, Abs. 1 BGB ziemlich überflüssig, da diese Bestimmung dann eine einfache Konsequenz aus § 1922, Abs. 2 in Verb. mit §§ 1927, S. 2 und 1934, S. 2 BGB darstelle. § 1951, Abs. 2, S. 1 BGB bekäme rechten Sinn erst durch die Vorschrift des § 1951, Abs. 2, Satz 2 BGB, da es, von deren Fällen abgesehen, Einheit des Grundes der Berufung zu mehreren Erbteilen überhaupt nicht gebe, was sich indessen ohne weiteres durch das „auch" des zweiten Satzes widerlege. Für dieses „auch" gibt es nach seiner Ansicht keinen anderen Grund, als daß „auch" bei gesetzlicher Berufung zu mehreren Erbteilen Einheit des Grundes anzunehmen sei. Aus der Bestimmung des § 1951, II, S. 2 BGB schließt demnach Hellwig, daß eine Mehrheit gleichartiger Gründe und somit derselbe Berufungsgrund im Sinne des § 1951, II BGB auch bei mehrfacher gesetzlicher Berufung vorliege, obgleich er zugibt, daß es sich

[25]) Hellwig a. a. O., S. 434 ff.

innerlich rechtfertigen lasse, Verwandtschaft und Ehe, oder zwei verwandtschaftliche Beziehungen des Erben zum Erblasser als zwei konkrete Berufungstatbestände aufzufassen.

Binder [26]) gelangt, von den gleichen Erwägungen ausgehend wie Hellwig, zu einem anderen Ergebnis. Ausgehend von der Legaldefinition des „Erbteiles" in § 1922, II BGB — Erbteil ist der Anteil des Miterben an der Erbschaft — folgert Binder, daß grundsätzlich alles, was der Miterbe aus der Erbschaft erhalte, sein Erbteil sei, andernfalls müßte es dann von der dem Erblasser beliebenden Form der Einsetzung abhängen, ob der Erbe auf einen oder mehrere Erbteile eingesetzt wäre; das ließe sich aber mit der Formlosigkeit der Erbeinsetzung in unserem Recht kaum vereinbaren. Bedeutungslos sei die Behauptung der Motive [27]), daß über die Frage, ob der Erbe zu mehreren Erbteilen berufen sei, nur der Umstand entscheiden könne, ob der Erblasser mehrere Erbteile gebildet habe, denn in dem Falle, daß A zu drei Fünftel, B zu zwei Fünftel eingesetzt sind, bekäme A nicht drei, sondern nur einen Erbteil, der nur um ein Fünftel größer sei als der des B. Nur wenn zugleich mehrere Berufungsgründe vorlägen, könne man ein materielles Kriterium der „Mehrheit von Erbteilen" eines Erben erhalten. Binder legt also den § 1951, III BGB dahin aus, daß diese Bestimmung dem Erblasser die Möglichkeit bieten wolle, dem Erben die Annahme nur einer Quote seines Erbteils zu gestatten, und hält die Einsetzung eines Erben auf mehrere Erbteile in derselben letztwilligen Verfügung für unmöglich.

Binder kommt zu dem Ergebnis, daß Berufungsgrund im Sinne des § 1951 BGB — insoweit stimmt Hellwig mit ihm überein — nicht Testament, Erbvertrag und Gesetz im allgemeinen seien, sondern „das konkrete negotium mortis causa, das konkrete verwandtschaftliche Band, welches eine bestimmte Person zum Erben einer anderen bestimmten Person macht". Das ergebe sich aus den Bestimmungen der §§ 1930, 1931, 1934, 1936, 1944, 1948, 1949 BGB. Es sei eine Ausnahmevorschrift, wenn das Gesetz in § 1951, II, S. 2 BGB „denselben Berufungsgrund" „auch" dann annehme, wenn die Berufung zu den mehreren Erbteilen „in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßig in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen" angeordnet sei. Diese Ausnahmevorschrift dürfe wohl auf der Vorstellung beruhen, daß, soweit mehrere letztwillige Verfügungen und Erbverträge überhaupt nebeneinander bestehen könnten (§ 2258 BGB), sie durch die Einheit des in ihnen wirkenden Willens des Erblassers selbst zu einer Einheit verbunden würden, die zur Not noch bei einer Mehrheit von Erbverträgen, nicht aber bei mehrfacher gesetzlicher Berufung berechtigt sei. Deshalb müsse angenommen werden, daß die Berufung in § 1951, II BGB nicht nur zufällig ungenannt geblieben sei.

[26]) Binder a. a. O., S. 114 ff.

Mehrfache gesetzliche Berufung müsse daher immer — so folgert Binder hieraus — eine Berufung aus verschiedenen Berufungsgründen sein, denn der Tatbestand, aus dem die Berufung erfolge, sei in Bezug auf den einen Erbteil ein anderer als in Bezug auf den anderen. Es fehle in diesem Falle der einheitliche Wille, der die mehreren Testamente oder Erbverträge miteinander verbinde. Deshalb könne bei mehrfacher gesetzlicher Berufung der Erbe stets den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen.

Staudinger [28]) erachtet für ausschlaggebend, daß das BGB selbst das Gesetz nicht als Berufungsgrund bezeichnet und demnach im Sinne des § 1951 BGB ebenso wie im § 1944, 1948 und 1949 BGB unter „Berufungsgrund" niemals „das Gesetz in abstracto" oder das BGB als Ganzes, sondern jeweils nur die auf den betreffenden konkreten Tatbestand passende gesetzliche Einzelbestimmung zu verstehen sein könne. Nach Staudinger hat als möglicher Berufungsgrund außer einem bestimmten Testament oder Erbvertrag nicht das Gesetz zu gelten, sondern der Tatbestand, an welchen im einzelnen Falle die gesetzliche Erbfolge geknüpft ist, also die Verwandtschaft in einer gewissen Weise und das Verheiratetsein.

Auch Leonhard [29]) pflichtet dieser Auffassung bei, allerdings mit anderer Begründung. Trotzdem er „Gesetz", „Testament" und „Erbvertrag" für Berufungsgründe im Sinne des Gesetzes hält, könne aber der Erbe bei mehrfacher gesetzlicher Berufung den einen Erbteil annehmen, den andern ausschlagen. Es liege hier zwar ein einheitlicher Berufungsgrund im Sinne des § 1951 BGB vor, aber die Regel, die hierfür nach § 1951 BGB gelten würde, werde durch die Sondervorschriften der §§ 1927 und 1934 BGB ausgeschlossen.

Für die Lösung der Streitfrage ist aus der Entstehungsgeschichte des § 1951 BGB sowie den Motiven ein sicherer Anhalt nicht zu entnehmen [30]).

Der Erbrechtsentwurf des Redaktors von Schmitt enthält in § 309, Abs. 2 die Bestimmung: „Ein Gesetzeserbe, welcher zu mehreren Erbteilen aus mehrfacher Verwandtschaft oder als Ehegatte und Verwandter berufen ist, kann den einen Teil annehmen und den anderen ausschlagen." Diese Bestimmung wurde jedoch später von der I. Kommission gestrichen.

Die Motive berühren die Frage der getrennten Annahme und Ausschlagung an zwei Stellen. § 1967 des I. Entwurfs, aus dem der § 1927 hervorging, lautete folgendermaßen: „In der ersten und zweiten Linie erhält derjenige, welcher verschiedenen Stämmen angehört, den in jedem dieser Stämme auf ihn fallenden Anteil." Die Motive [31]) bemerken zu Satz 2 dieses § 1967: „Die Vorschrift des zweiten

[27]) Bd. 5, S. 507, Abs. I a. E.
[28]) Staudinger a. a. O., Bem. 3, zu § 1951 u. Bem. zu § 1949.
[29]) Leonhard a. a. O., Bd. 5, Bem. I A zu § 1951, S. 45 ff.
[30]) Zu der geschichtl. Seite der Frage vgl. die eingehenden Ausführungen von Hellwig a. a. O., S. 417 ff.
[31]) Motive, Bd. 5, S. 363.

Satzes, daß jeder Anteil als besonderer Erbteil gilt, ist aufgenommen worden mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 2037 (d. i. § 1951 BGB). Es besteht kein Anlaß zu verhindern, daß der eine Erbteil angenommen, der andere hingegen ausgeschlagen wird. Hierüber möchten wir aber in Ermangelung einer solchen Vorschrift gegenüber dem § 2037 Zweifel erheben."

Zu der dem § 1934 BGB entsprechenden Vorschrift des § 1971, Abs. 2 BGB des I. Entwurfs bemerken die Motive [32]): ..Daß der überlebende Ehegatte zugleich auch als Verwandter erbt, wenn er als solcher zur gesetzlichen Erbfolge berechtigt ist, entspricht dem § 1967 BGB. Beigefügt ist auch hier (vgl. § 1967 BGB) mit Rücksicht auf den § 2037 BGB, daß in einem solchen Fall der dem Ehegatten als solchen und der ihm als einen Verwandten entfallende Erbteil als besondere Erbteile gelten."

§ 2037 des I. Entwurfs, aus dem der § 1951 BGB hervorging, lautete: „Ist im Falle der Berufung desselben Erben zu mehreren Erbteilen ein Erbteil angenommen oder ausgeschlagen, so sind auch die andern Erbteile, selbst wenn sie erst später anfallen, soweit die Berufung auf demselben Grunde beruht, als angenommen oder ausgeschlagen anzusehen; soweit die Berufung auf verschiedenen Gründenen Gründen beruht, unterliegt der einzelne Erbteil für sich der Annahme und Ausschlagung. Als verschiedene Berufungsgründe gelten Erbeinsetzungsvertrag, letztwillige Verfügung und Gesetz, nicht aber verschiedene Erbeinsetzungsverträge oder letztwillige Verfügungen.

Die Vorschriften des ersten Absatzes finden keine Anwendung, wenn erhellt, daß der Erblasser etwas anderes gewollt hat."

Die Motive [33]) bemerken hierzu: „Für den Fall, daß ein gesetzlicher Erbe aus mehrfacher Verwandtschaft oder als Ehegatte und Verwandter berufen ist, bedarf es einer besonderen Vorschrift an dieser Stelle nicht. Obschon nach den §§ 1967, 1971, Abs. 2 BGB die Erbteile als besondere Erbteile anzusehen sind, so ist doch, weil die Berufung auf demselben Grunde beruht, nach dem § 2037 BGB die Ausschlagung für beide Teile maßgebend. Dies wird auch in der Regel dem Willen des Ausschlagenden und dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen; indessen kann der letztere anderes bestimmen."

Die Motive sprechen sich somit auf Seite 372 indirekt für die Verschiedenheit der Berufungsgründe aus, dagegen auf Seite 510 in ihrer ersten Ausführung überraschenderweise direkt und unzweideutig für die Einheit des Berufungsgrundes. Die zweite Kommission hat weder die eine noch die andere Aeußerung der Motive beanstandet.

Bei diesen offenbaren Widersprüchen können die Motive für die Lösung der Streitfrage nicht verwertet werden. Es muß daher ver-

[32]) Bd. 5, S. 372.
[33]) Bd. 5, S. 510.

sucht werden, die Lösung aus dem Gesetz selbst zu suchen. Es sei zunächst einmal festgestellt, daß man zwischen einem Berufungsgrund im allgemeinen und einem konkreten Berufungsgrund unterscheiden kann. Unter Berufungsgrund im allgemeinen ist der Wille des Erblassers (Testament oder Erbvertrag) und das Gesetz im allgemeinen zu verstehen, wohingegen man als Berufungsgrund im konkreten Sinne den konkreten Tatbestand anzusehen hat, aus welchem eine bestimmte Person ihr Erbrecht herleitet, also ein bestimmtes Testament, einen bestimmten Erbvertrag, und bei der gesetzlichen Erbfolge denjenigen Tatbestand, an den das Gesetz im einzelnen Falle die Erbfolge knüpft, also die Verwandtschaft in gewisser Weise und das Verheiratetsein [34]). Berufungsgrund in diesem Sinne ist demnach der konkrete Tatbestand, aus dem sich die rechtliche Folge der Berufung zur Erbschaft ergibt [35]).

Diese Begriffsbestimmung ist m. E. aus dem Gesetz zu entnehmen:

In § 1930 BGB wird zunächst bestimmt: „Ein Verwandter ist nicht zur Erbfolge berufen, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist." Demnach ist die Tatsache, daß ein näherer Verwandter vorhanden ist, der Grund seiner Nichtberufung, andererseits aber die Tatsache, daß jemand auf ganz bestimmte Weise mit dem Erblasser verwandt ist, der Grund seiner gesetzlichen Berufung [36]).

In § 1931 BGB ist der Grund der Berufung des Ehegatten das Band der Ehe, das ihn mit dem Erblasser verbindet. Der Grund der Berufung des Fiskus zur Erbschaft in § 1936 ist nicht das Gesetz im allgemeinen, sondern die konkrete Tatsache, daß kein erbberechtigter Verwandter, Ehegatte, Testamentserbe oder Vertragserbe vorhanden ist.

Desgleichen ist unter Berufungsgrund im § 1944, Abs. 2, S. 1 BGB nur der konkrete Tatbestand zu verstehen, der zur Berufung führt. Das beweisen m. E. die Motive [37]), die ausdrücklich erklären: „Ihm (dem Erben) muß bekannt sein, der Erbfall, sein Verhältnis als Verwandter oder Ehegatte, auf Grund dessen ihn das Gesetz als Erben beruft, aber auch, daß kein Verwandter ihm vorgeht, ohne daß der vorgehende und ihn ausschließende Verwandte weggefallen ist. Weiter muß ihm bekannt sein, daß eine letztwillige Verfügung nicht vorliegt, welche das gesetzliche Erbfolgerecht ausschließt."

Dieselbe Bedeutung wie im § 1944 BGB ist auch dem Ausdruck „Berufungsgrund" in den §§ 1948 und 1949 BGB zuzuschreiben [38]).

---

[34]) Binder a. a. O., S. 111; Staudinger a. a. O., § 1949, Anm. 2.

[35]) RGRKom. § 1949, Anm. 1 BGB.

[36]) Binder a. a. O., S. 112.

[37]) Motive Bd. 5, S. 499.

[38]) Dies wird von Leonhard bestritten. Nach Leonhard soll der Ausdruck „Berufungsgrund' i. d. §§ 1948, 1949 BGB „Gesetz", „Testament" oder „Erbvertrag" bedeuten. Doch gibt Leonhard hierzu keine Begründung (Bd. 5, Erl. I A zu § 1951 BGB).

§ 1948, II BGB bestimmt: „Wer durch Testament und durch Erbvertrag als Erbe berufen ist, kann die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrunde annehmen und aus dem anderen ausschlagen." Diese Bestimmung spricht somit ganz eindeutig aus, daß in dieser Vorschrift unter Berufungsgrund das konkrete Tsetament oder der konkrete Erbvertrag zu verstehen ist.

Das Gleiche gilt von § 1949 BGB, welcher die Annahme der Ausschlagung in § 1944 BGB gegenüberstellt, so daß unter Berufungsgrund im § 1949 BGB dasselbe zu verstehen ist, wie im § 1944 BGB, nämlich den konkreten Tatbestand, aus dem sich die rechtliche Folge der Berufung zur Erbschaft ergibt.

Es besteht deshalb m. E. keine Veranlassung, dem § 1951 BGB einen anderen Begriff des Berufungsgrundes zugrunde zu legen; dieselbe Begriffsbestimmung des Berufungsgrundes muß auch für den § 1951 BGB Geltung haben.

In Abs. 2, Satz 2 dieser Bestimmung ist allerdings bestimmt, daß die Berufung auch dann auf demselben Grunde beruht, wenn sie in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßigen verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist. Hiernach hätte also nicht das einzelne Testament oder der einzelne Erbvertrag als Berufungsgrund zu gelten. Das Gesetz nimmt hier jedoch offensichtlich einen einheitlichen Willen des Erblassers bei den mehreren Testamenten bzw. Erbverträgen mit denselben Personen an. Es würde dem Willen des Erblassers, der doch in erster Linie zur Geltung zu bringen ist, aber keine Rechnung getragen, wenn das Gesetz dem Erben in diesem Falle gestatten würde, aus dem einen Testament anzunehmen und aus dem anderen auszuschlagen. Es sind demnach nur reine Zweckmäßigkeitserwägungen, die den Gesetzgeber zur Vorschrift des § 1951, II, S. 2 BGB veranlaßt haben, wobei aber von einem einheitlichen Willen des Gesetzgebers bei der gesetzlichen Erbfolge in Bezug auf Annahme und Ausschlagung nicht die Rede sein kann.

Aus dem Aufbau des Gesetzes ergibt sich daher m. E. nicht, daß im Zweifel nur ein Berufungsgrund anzunehmen sei. Es sind demnach in den §§ 1927 und 1934 BGB verschiedene Berufungsgründe anzunehmen; es ist daher eine falsche Vorstellung, Testament oder Erbvertrag und Gesetz als Berufungsgründe gegenüberzustellen. Vielmehr hat auch hier der konkrete Tatbestand, aus dem sich die rechtliche Folge der Berufung zur Erbschaft ergibt, als Berufungsgrund zu gelten.

Gegenüber dieser sich aus dem Gesetz ergebenden Auffassung über den Begriff des Berufungsgrundes kann m. E. die Ansicht von Hellwig, Planck usw. nicht zutreffend erscheinen. Mit Binder und Staudinger gelangt auch Hellwig [39]) zu dem Ergebnis, daß Berufungsgrund in § 1941 BGB im konkreten Sinne zu verstehen ist; er gibt

[39]) Hellwig a. a. O., S. 438

auch zu, daß es sich innerlich rechtfertigen lasse, Verwandtschaft und Ehe oder zwei verwandtschaftliche Beziehungen des Erben zum Erblasser als zwei konkrete Berufungstatbestände aufzufassen. Wenn Hellwig aber nun weiter aus seinem insoweit mit der Auffassung mit Binder übereinstimmenden Ergebnis, daß einem Berufungsgrund stets auch nur ein Erbteil entspreche, die weitere Folgerung zieht, daß mit „demselben Grunde" im § 1951, Abs. 2 BGB nicht zahlenmäßig ein Grund, sondern eine Mehrheit gleichartiger Gründe, und mit den „verschiedenen Gründen" im Abs. 1 des § 1951 BGB nicht einfach mehrere, sondern verschiedenartige Gründe gemeint seien, so stellt er nicht, wie man nach dem Wortlaut annehmen muß, „Einheit" und „Mehrheit" („Verschiedenheit") des Berufungsgrundes, sondern „Gleichartigkeit" und „Verschiedenartigkeit" des Berufungsgrundes in Gegensatz zueinander.

Diese Auslegung „desselben Grundes" = mehrerer gleichartiger und „verschiedener Gründe" = verschiedenartiger Gründe widerspricht aber m. E. dem Wortlaut des Gesetzes. Die Begründung seiner Ansicht, die Hellwig in dem Worte „auch" im § 1951, Abs. 2, S. 2 BGB sieht, ist nicht überzeugend. Dieses „auch" weist nicht, wie Hellwig meint, auf die gesetzliche Berufung zu mehreren Erbteilen hin, sondern darauf, daß auch bei der Berufung in einem Testament oder in einem Erbvertrag auf mehrere Erbteile Einheit des Grundes vorliegt. Denn aus § 1951, III BGB ergibt sich, daß mehrere Erbteile, aber nur ein Berufungsgrund vorliegen, wenn der Erblasser in einem Testament den Erben auf mehrere Teile eingesetzt hat. Es kann daher der Ansicht Hellwigs, daß mehrere Erbteile, die nach einem Testament oder Erbvertrag anfallen, rechtlich als ein Erbteil behandelt werden müssen, nicht zugestimmt werden.

Wenn Hellwig unter Hinweis auf den § 1922, Abs. 2 BGB, wonach unter Erbteil der Anteil des Miterben an der Erbschaft zu verstehen ist, zu dem Schlusse gelangt, daß es sich im § 1951, III BGB um eine dem Erben gewährte Möglichkeit der Annahme nur einer Quote seines Erbteils (in technischem Sinne) handele, nicht aber um die Bildung mehrerer besonderer Erbteile in technischem Sinne, so wird hier m. E. übersehen, daß dem Worte „Erbteil" im BGB eine doppelte Bedeutung zukommt. Denn einmal versteht das Gesetz unter „Erbteil" den Anteil an dem Nachlasse, der beim Vorhandensein einer Mehrheit von Erben dem einzelnen endgültig zufällt, sodann aber wird zum Beispiel in den §§ 1927, 1934, 2007, 2051, 2094, 2095, 2110 BGB auch von Erbteilen mit Rücksicht auf den Berufungsgrund gesprochen, auf dem das Recht des Erben beruht [40]). Zutreffend weist Cnopf [41]) darauf hin, daß es höchst unwahrscheinlich sei, anzunehmen, daß der Gesetzgeber sich so unklar und unverständlich ausgedrückt hätte, wenn er als Normalfall die gesetzliche Erbfolge aus mehreren Gründen im Auge gehabt hätte. Vielmehr hat das

[40]) Vgl. Knitschky a. a. O., S. 283.
[41]) Cnopf, Auslegung des § 1951 BGB, Diss. Würzburg 1913, S. 67.

Gesetz im § 1922, Abs. 2 BGB für zahlreiche Bestimmungen die Wiederholung, daß sie nicht nur für die Erbschaft im Ganzen. sondern auch für den Erbteil gelten, sparen wollen und deshalb den Anteil des Miterben an der Erbschaft ebenfalls als Erbteil bezeichnet [42]).

Es hat demnach das Wort „Erbteil" im § 1922, II BGB eine andere Bedeutung als in den §§ 1934, S. 2 und 1951 BGB. Es ist daher nichts dagegen einzuwenden, wenn Binder [43]) in der Vorschrift des § 1951, Abs. 2, S. 2 BGB insoweit eine Ausnahmevorschrift erblickt.

Abzulehnen ist dagegen aus demselben Grunde die Ansicht Hellwigs [44]), daß bei der Auffassung Binders § 1951, I BGB wegen § 1922, II BGB in Verb. mit § 1934, S. 2 BGB überflüssig sei. Aber auch dann, wenn nach Hellwigs Ansicht die Vorschrift des § 1951, I eine Konsequenz aus dem § 1922, II und § 1934, S. 2 BGB darstellte, so könnte sie m. E. auch deshalb nicht als überflüssig bezeichnet werden, da das Vorhandensein einer Gesetzesvorschrift dort nicht zwecklos erscheint, wo sonst erst die Heranziehung mehrerer anderer Vorschriften erforderlich wäre.

Im übrigen ist auch die Behauptung Hellwigs [45]) nicht zutreffend, § 1951, II, S. 1 BGB. bekäme rechten Sinn erst durch die Vorschrift von § 1951, II, S. 2 BGB, da es, von deren Fällen abgesehen, Einheit des Grundes der Berufung zu mehreren Erbteilen überhaupt nicht gäbe. Abgesehen von den im § 1951, II, S. 2 BGB genannten Fällen ist aber, wie bereits erwähnt, Einheit des Berufungsgrundes bei Mehrheit der Erbteile auch dann gegeben, wenn die Berufung zu mehreren Erbteilen aus einem Testament oder aus einem Erbvertrag, in dem Hellwig [46]) freiwillig die mehreren Erbteile rechtlich als einen Teil behandelt wissen will, erfogt.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch Kipp [47]), der auf den Unterschied in der Bestimmung des § 1935 BGB einerseits und in dem § 1934 BGB andererseits hinweist: „Bei Erhöhung des Erbteils nach § 1935 BGB werden die Teile als besondere angesehen in Bezug auf Vermächtnisse, Auflagen, Ausgleichung und nicht, — so ist zu ergänzen — für Annahme und Ausschlagung: In den Fällen der §§ 1927 und 1934 BGB gelten die Teile schrankenlos als besondere, d. h. — so ist zu ergänzen — auch für Annahme und Ausschlagung."

Dieser Unterschied ist ein deutlicher Beweis für die hier vertretene Ansicht.

Es ist also festzustellen, daß das Gesetz nicht als Berufungsgrund angesehen werden kann. Höchstens könnte es im einzelnen Falle die auf diesen Tatbestand passende gesetzliche Bestimmung sein. Diese fällt aber sachlich mit dem von ihr vorausgesetzten Tatbestande

[42]) Vgl. Greiner a. a. O., S. 4.
[43]) Binder, a. a. O., I, S. 112, 113.
[44]) Hellwig, a. a. O., S. 438.
[45]) Hellwig a. a. O., S. 438 ff.
[46]) Ebenso wie Binder, S. 114 ff.
[47]) Kipp, Erbrecht, § 54, 2 d, Note 2.

im einzelnen Falle zusammen. Die Ansicht „Gesetz" und „Testament" als Berufungsgründe einander gegenüberzustellen, beruht daher auf einer falschen Vorstellung. Bei mehrfacher gesetzlicher Berufung (§ 1934 BGB) ist daher eine Mehrheit (Verschiedenheit) von Berufungsgründen gegeben.

Auch vom rein praktischen Standpunkt aus betrachtet, erscheint es als das Nächstliegende und Selbstverständliche, daß mehrere besondere Erbteile unter allen Umständen als solche behandelt werden, und es ist nicht einzusehen, weswegen sie, die regelmäßig verschiedenen Erben gehören und dann auch besonders behandelt werden, diese ihre Besonderheit und Selbständigkeit durch ein Zusammentreffen in der Hand zufällig desselben Erben verlieren sollen. Wenn gleichwohl im gemeinen Recht und allgemeinen Landrecht die mehreren Erbteile desselben Erben einheitlich behandelt wurden, so geschah dieses, wie oben in § 5 ausgeführt ist, in strenger Durchführung des römisch-rechtlichen Grundsatzes der Berufung auf das Ganze der Erbschaft.

Für den Ehegatten, der gleichzeitig Verwandter ist, ist dieses Ergebnis, daß nämlich mehrfache gesetzliche Berufung immer eine Berufung aus verschiedenen Gründen ist, von erheblicher praktischer Bedeutung, denn durch diese Auslegung ist ihm im § 1951 BGB. die Möglichkeit zur gesonderten Annahme und Ausschlagung eines Erbteils gegeben. Diese Möglichkeit getrennter Annahme und Ausschlagung kann unter Umständen dem erbberechtigten Ehegatten sehr zum Vorteil gereichen. Ist z. B. ein Erbteil übermäßig mit Auflagen und Vermächtnissen belastet, so daß für den Ehegatten kein Interesse an der Annahme besteht, so wird ihm nun, da die Berufung zur Erbschaft auf verschiedenen Gründen beruht, die Ausschlagung dieses Erbteils gestattet. Er kann aber auch aus dem Grunde den einen Erbteil annehmen, den anderen ausschlagen wollen, weil, wie Kipp [48]) zutreffend hervorhebt, die Ausschlagung des einen Teiles ganz anderen Personen zugute kommen kann als die des anderen.

Es entspricht demnach diese Auslegung des § 1934 in Verb. mit § 1951 BGB., die selbst Hellwig [49]) für innerlich gerechtfertigt hält, auch dem praktischen Bedürfnis; es ist daher wünschenswert, daß in der Literatur und in der gerichtlichen Praxis bei der Anwendung des § 1934 BGB. dem erbenden Ehegatten die Rechtsstellung des unter verschiedenen Berufungsgründen zur Erbschaft gelangenden Erben eingeräumt wird.

---

[48]) Kipp a. a. O., § 54, 2 d, Note 2.
[49]) Hellwig a. a. O., S. 439.